Doutrina

DIREITO DO TRABALHO E MUDANÇA CONSTITUCIONAL: OS DIREITOS SOCIAIS COMO CONDIÇÃO DA DEMOCRACIA (*)

ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS Jr. (**)

"Quelle que soit la philosophie qu'on professe, et même téologique, une société n'est pas le temple des valeurs-idoles que figurent au fronton de ses monuments ou dans ses textes constitutionneles, elle vaut ce que valent en elle les relations de l'homme avec l'homme(...). Pour connaitre et juger une société il faut arriver à sa substance profonde, au lien humain dont elle est faite et qui dépend des rapport juridiques sans doute, mais aussi des formes du travail, de la manière d'aimer, de vivre et de mourir".

Maurice Merleau-Ponty, HUMANISME ET TERREUR

1. Qual o sentido de reintroduzir no centro de nossas atenções o problema da necessidade e o da conveniência da previsão constitucional dos direitos sociais? Que utilidade esperar de uma reflexão cujo propósito seja o de restaurar a dimensão problemática de um tema, ao menos aparentemente, já resolvido ou decidido?

À primeira vista ressalta a possibilidade de um truísmo ou de um anátema. Assim por exemplo discorrer sobre o porque teria "agido bem" o constituinte, ou sobre o que se deveria esperar de suas decisões, fosse outra a atmosfera política ou o perfil doutrinário do Congresso pelo qual foram tomadas.

Não é este o sentido que procuraremos imprimir a estas reflexões, até porque não cremos válido um juízo pretensamente técnico e auto-referido, sobre decisões cujo critério de validade esteja radicado na concertação política.

Diversamente, sugerimos o reexame dos motivos e correlatos doutrinários que condicionaram a aprovação dos preceitos alusivos aos direitos sociais, procurando atender às seguintes ordens de preocupações: 1. se se adota a concepção segundo a qual o objeto da investigação jurídica não se resume ao estudo da norma, compreendendo ao menos as relações entre norma e comportamento (1); 2. é natural que sobressaia a ênfase sobre o

(*) Extrato do relatório preliminar de pesquisa realizada junto ao IE da UNICAMP, sob patrocínio conveniado FINEP-FECAMP.

(**) Advogado, Mestre em Direito do Trabalho, Professor do Departamento de Direito da Universidade Estadual Paulista — UNESP e do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas — UNICAMP.

(1) Como sublinha, entre outros, Norberto Bobbio, "Diritto e Scienze Sociale" **In Dallastruttura Alla Funzioni** (Milano Edizioni di Comuità, 1977), especialmente às pp. 43 e segs.

problema do alcance e o do sentido que presidirão a aplicação dos preceitos constitucionais; 3. bem como que se proponham interrogações quanto ao impacto que sobre tal aplicação ocasionarão variáveis tais como o processo de concentração de riqueza que emerge sob o signo da grave crise econômica brasileira, aliado à debilidade política dos atores sociais diretamente interessados pelo correspondente patrimônio jurídico (no caso, especialmente as camadas subalternas), à discutível estabilidade da democratização política em cujo espectro fora convocada a Assembléia Constituinte (2), e à atmosfera neoconservadora que perfila o itinerário dos direitos sociais na maior parte dos países de capitalismo avançado (3).

2. É compreensível que esta forma de situar o problema não nos propicie um roteiro de proposições definitivas ou mesmo de predições absolutas, ainda que fosse tal nossa ambição. Entretanto, o oferecimento deste elenco aberto de variáveis é condição necessária para entreabrir investigações sobre um campo de dificuldades para o qual as habituais respostas do normativismo jurídico jamais foram suficientes. Na perspectiva da racionalidade formal, auto-referida e insular do discurso normativista, o tema assim delimitado sequer pode se apresentar sob a forma de problema.

Convém notar que as objeções ao normativismo aqui renovadas não vêm com a pretensão de constituir mera enunciação de princípio. Bem ao reverso, trata-se de advertência metodológica necessária e coessencial ao próprio argumento que será desenvolvido, como procuraremos explicitar ao longo deste estudo. O fundamental a reter, por ora, é que a simples previsão formal dos direitos sociais no texto da Constituição não pode ser tomada como o termo final do problema. Até porquanto o perfil substantivo da norma constitucional será traçado num plano de racionalidade heterodeterminada; decorrendo da medida e do sentido da experiência jurídica, e não do A PRIORI formal da preceituação escrita.

A acidentada evolução da norma constitucional brasileira oferece inúmeros emblemas desta premissa. Em matéria de direitos sociais basta recordar o tratamento que se conferiu ao Decreto-Lei nº 9.070/15-03-1946, que se antecipou regulamentando o direito de greve que só seria reconhecido no Texto da Constituição de 18 de setembro de 1946; portanto, após a expedição do Decreto-Lei. Tanto mais surpreendente e curioso quanto se flagre que, ao tempo em que aparecera o mencionado Decreto-lei, a constituição então vigorante concebia a greve e o LOCK-OUT como "nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional" (art. 139, Carta Const. 10-11-1937). (4) Não seja este exemplo bastante, pode-se aludir ao direito à pluralidade sindical que, expressamente reconhecido pela Constituição de 16 de julho de 1934 ("a lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos"; art. 120); viria a ser mutilado em sua aplicabilidade por intermédio da conhecida jurisprudência, por cujo intermédio fora convalidada a unidade obrigatória consubstanciada no Decreto-lei nº 24.694/12-07-1934 (5) Copiosas indicações semelhantes viriam ao amparo desta premissa, não fosse nosso propósito apenas o de indicar a relevância da perspectiva temática e metodológica que será desenvolvida, sempre com atenção voltada para o caráter decisivo da experiência jurídica, na modelação concreta dos preceitos constituionais, sobretudo aqueles referentes aos direitos sociais.

3. Como já foi observado, o aspecto nodal deste estudo não se prende ao contorno formal dos direitos sociais. Para além do que, objetivamos avaliar as possibilidades entreabertas pela

---

(2) Com realce para esta variável, Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, "Corporativismo e ordem jurídica: notas para uma análise da transição institucional brasileira" **In Sociologia: Problemas e Práticas**, n.° 4 (Lisboa: CIES — ISCTE, 1988), pp. 61 a 78; do mesmo autor, "Is direitos sociais e a Nova Constituição Brasileira: protecionismo jurídico e desregulação da relação de emprego" **In Revista LTr Legislação do Trabalho e Previdência Social** Vol. 52, n.° 7 (São Paulo: 1988), pp. 52-7/794 a 52-7/801. Examinando a hipótese de um retrocesso autoritário pela via que designa de "morte lenta", q.v. Guillermo O'Donnel, "Transições, continuidades e alguns paradoxos" e "Hiatos, Instituições e perspectivas democráticas", ambos reunidos em **A Democracia no Brasil: Dilemas e Perspectivas** (São Paulo: Vértice — Revista dos Tribunais, 1988), Reis e O'Donnell organizadores, pp. 41 a 90.

(3) Para uma ambientação temática nesta atmosfera neoconservadora, q. v. Jacques Le Goff "L'Offensive Libérale contre des conquêtes sociales" **In Le Monde Diplomatique** (avril, 1988), pp. e 17; Guido Baglioni, "Stato, Politica Econômica e Relazioni Industriali nell'Europa degli anni 80" e "Constanti e varianti in Tema di Scambio Politico", ambos reunidos em **La Politica Sindicale nel Capitalismo che Cambia** (Roma-Bari: Laterza, 1987), pp. 141 a 203 e 65 a 104; Ralph Miliband e Leo Panitch, "Socialist and the "New Conservatism" **In Monthly Review**, Vol. 38, n.° 8 (january 1937), pp. a 16; Antoine Jeammaud e A. Lyon-Caen, "Introduction" e "France", **In** Jeammaud, Lyon-Caen **Et Alii** (tb. orgs.), **Droit du Travail, Démocratie ef Crise** (Arles: Actes Sud, 1986), pp. 9 a 49; e Jürgen Habermas, "A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas" **In Novos Estudos — CEBRAP**, n.° 18 (São Paulo: ... 1987), pp. 103 a 114.

(4) O relato deste debate encontra-se minuciosamente registrado em Paulo Garcia, **Direito de Greve** (Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1961), pp. 136 a 149.

(5) V., para dados complementares, Evaristo de Moraes Filho, **O Problema do Sindicato Único no Brasil** (São Paulo: Alfa Ômega, 1978), pp. 232 a 244.

referida previsão ao nível material e substantivo da PRAXIS jurídica.

É possível afirmar que o problema assim recortado de alguma forma sugere um desejo de prospecção. Contudo, qualquer avanço que se pretenda nesta direção devolve-nos, obrigatoriamente, ao exame dos ingredientes valorativos ainda predominantes na agenda ideológica de nossa tradição jurídica. Sem o que seríamos conduzidos para uma História sem sujeito ou para um tempo futuro sem pretérito.

Conseqüentemente, fica necessário restaurar alguns sugestivos diálogos vividos no interior deste senso comum teórico, (6) procurando decompor a atmosfera retórica pela qual foi possível legitimar uma engenharia institucional a um só tempo liberal, no plano político e conservadora no terreno social.

3.1. Trata-se, portanto, de recuperar analiticamente o argumento liberal, ainda predominante no senso comum teórico do direito, segundo o qual o **conteúdo material** ou substancial das normas constitucionais restringe-se, em essência, ao problema das Liberdades Públicas, assim concebidas como o coroamento jurídico dos direitos individuais e o das limitações e prerrogativas do Poder Público.

A idéia de constituição material aparece habitualmente contraposta à noção de constituição formal, por cuja distinção empresta-se à expressão **formal** o sentido do que é expressamente previsto no texto constitucional. Patenteia-se, deste modo, a nítida correlação fenomênica entre constituição formal e constituição escrita, muito embora as adjetivações correspondam a critérios distintos de caracterização.

Tais formulações não apresentam qualquer novidade para o direito constitucional ou para a teoria do Estado. Também não é menos banal a constatação de que a distinção apontada atende ao propósito de derivar uma dogmática sobre o que seria **matéria constitucional em sentido próprio**, vale dizer, sobre o que poderia constituir norma constitucional transcendente, ontologicamente pura, e sobre o que poderia ser preceito transitório ou contingente, conquanto objeto de expressa previsão constitucional. A conseqüência última desta distinção prende-se à conhecida separação entre normas fundamentais e leis constitucionais, sendo estas últimas, contrariamente às primeiras, preceitos modificáveis pela via do poder constituinte instituído. Melhor explicitando, sua modificação não pressupõe a ruptura da ordem jurídica, ao passo que as alterações sobre matéria constitucional em sentido próprio têm como condição um juízo intensivo sobre o território primário do consenso político.

Antes de apreciar o alcance desta dogmática sobre o tema do poder constituinte é preciso chamar a atenção para um sutil, embora relevante paradoxo, consistente em se atribuir a distinção entre as noções de constituição formal e material à obra de Carl Schmitt.

Tomemos ao acaso a contribuição de Michel Temer.

Num texto de forte acento normativista de matriz kelseniana, Temer sustenta que "indubitavelmente, existe um núcleo material nas Constituições sem o qual não se pode falar em Estado", (7) quando discorre sobre o freqüentado tema da "matéria constitucional". Entretanto, o que chama a atenção é que logo ao início de sua obra não escapa da habitual alusão à obra de Carl Schmitt: "Assim, é conteúdo próprio da constituição aquilo que diga respeito à forma de Estado, à de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos. Tudo o mais — embora possa estar escrito na constituição — é lei constitucional (...). Aquilo que, para Carl Schmitt, é conteúdo próprio de constituição caracteriza a matéria constitucional, o mais, que assume forma constitucional, porque inserido na constituição, é formalmente constitucional". (8)

É interessante notar a habitualidade com que se reproduzem as noções de constituição formal e material, como também observar a freqüência com que são atribuídas a Carl Schmitt. Em realidade, após discorrer sobre o conceito de constituição do Estado (partindo da distinção entre constituição e lei constitucional), Schmitt reconhece inúmeras possibilidades de emprego desta expressão, classificando-as em constituições em **sentido absoluto** e **relativo**. (9) Em sua acepção absoluta focaliza a constituição como um todo unitário (sistemático e fechado), entendida tal totalidade quer no plano **concreto**, quer no plano **ideal** (10) Para além do sentido de totalidade a constituição pode ser encarada sob um prisma **relativo** à cada experiência histórica par⁺icular. Nesta perspectiva é que se torna necessário, para o autor, operar com a distinção entre leis constitucionais, ou seja, normas que não condicionam os componentes fundantes

---

(6) Para a noção de senso comum teórico aplicado à nossa tradição jurídica, q. v. Luiz Alberto Warat, "O senso comum teórico dos juristas" **In Mitos e Teorias na Interpretação da Lei** (Porto Alegre: Síntese, 1979), pp. 23 e segs., especialmente 23/24.

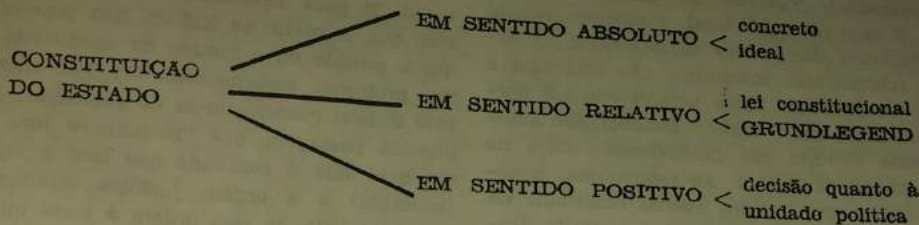
(7) Cf. Michel Temer, **Elementos de Direito Constitucional** (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988), pág. 9.

(8) IDEM, pág. 6.

(9) Cf. Carl Schmitt, **Teoria de La Constitucion** (Madrid: Alianza, 1982), pp. 29 e segs. Por brevidade, indicaremos apenas os §§ da obra, sabendo-se de suas inúmeras edições e tradições disponíveis.

(10) IDEM, § 1.º.

da ordem jurídica, e norma constitucional na acepção de GRUNDLEGEND. (11) Por fim Carl Schmitt examina a constituição sob um terceiro ponto de exame, segundo o qual ela vem concebida como **decisão** social flagrando o modo e a forma da unidade política; dimensão em que o autor situa a **objetividade positiva** das categorias teóricas com as quais prefere trabalhar. (12)

Podem-se esquematizar suas proposições no seguinte quadro indicativo:

O importante é reter que estes três planos de consideração vem desenvolvidos a partir de sólidos ingredientes de observação histórica. Assim é que ao examinar a constituição em sentido absoluto-concreto o autor observa que suas representações "como uma unidade normativa e coisa absoluta, se aclaram historicamente numa época em que a constituição era entendida como codificação fechada. Na França dominou em 1789 esta fé racionalista na sabedoria de um legislador (...). Mas hoje já não existe a fé na possibilidade de um Estado em sua totalidade (...). Com a fé na codificação e na unidade sistemática desaparece também o puro conceito de constituição tal como o supõe a idéia liberal de um absoluto Estado de Direito". (13)

Assim parece demonstrado que Carl Schmitt não se furta a reconhecer o caráter contingente do plano absoluto com que se pode conceber a constituição, assim como registra que a validade desta acepção só se presta ao fenômeno tal como desenhado sob a ótica da doutrina liberal do Estado de Direito.

Por outro lado o autor recusa também o sentido relativo observando que "o conceito de constituição relativisou-se até converter-se em conceito de lei constitucional". (14) No mais importante suas objeções decorrem da observância de que "ao relativizar a constituição em lei constitucional, e tornar formal a lei constitucional, renuncia-se por completo à significação objetiva de constituição". (15) Dito de outra maneira, a leitura estritamente formal não conseguiria captar que "a constituição vale por uma virtude da vontade política existente", (16) de tal modo que o problema da decidibilidade ocupa, em Carl Schmitt, lugar de destaque em sua heurística de positividade do direito.

A esta altura pronuncia uma clara predileção pela abordagem decisionista da constituição, assim como de resto, relativamente às demais manifestações normativas da ordem jurídica. A insistência de Carl Schmitt em distingüir leis constitucionais de decisão fundamental, é preciso notar, não se deve a qualquer A PRIORI quanto ao conteúdo temático do que se conceberia abstrata, racional ou juridicamente próprio enquanto matéria constitucional. Mas porque o mecanismo de legitimação das leis constitucionais pressupõe uma decisão **anterior** que dê modo e forma à unidade política.

Desta forma **não é o continente temático** da decisão, mas **o fato "positivo" de um tema qualquer ser objeto da decisão** fundamental, que o autor sustenta como critério para a delimitação do que é constituição em sentido próprio e lei constitucional; ou seja, do que se verifica, numa dada realidade especifica, imprescindível à estabilidade da unidade política. Exemplificando suas proposições com a Constituição de Weimar, afirma que o seu texto **contém** constituição assim como igualmente contém leis constitucionais. Adverte, contudo, para o fato de que, em seu juízo, o Texto de Weimar não conteria **toda matéria** constitucional, não porque tivesse ficado ausente um tema idealmente tido por constitucional, mas porque considerou o autor decisões tais como a relativa à opção entre "ordenação burguesa ou socialista de sociedade", omissão inescusável "no ano de 1919". (17)

---

(11) IDEM, § 2.º.

(12) IDEM, § 3.º.

(13) IBIDEM; sendo as citações recolhidas às pp. 35/36 da edição citada.

(14) IBIDEM.

(15) IDEM, pp. 43 da edição citada.

(16) IDEM, com citação do fragmento à pág. 46 da edição mencionada.

(17) IBIDEM, pág. 53/54 na edição referida.

Conseqüentemente, sem subverter as premissas adotadas por Carl Schmitt é possível afirmar que, para a estabilização da unidade política nas sociedades contemporâneas, decisões explícitas quanto ao tema dos direitos sociais, assim concebidas não como lei constitucional mas como norma fundamental, poderiam ser igualmente inescusáveis. É bem esta, por sinal, a hipótese central que procuramos desenvolver neste estudo. O argumento schmitteano, entretanto, não traz aqui a pretensão de justificar nossa perspectiva, até porquanto adotamos um itinerário metodológico substancialmente distinto dos positivismos, tanto de Schmitt quanto de Kelsen. Ao retornarmos a estes positivismos tencionamos apenas contribuir no sentido de sepultar certos lugares-comuns da dogmática jurídico-constitucional, tão freqüentados pelo discurso neoconservador quanto relevantes para a compreensão do presente debate jurídico-político no Brasil.

Bem a propósito pode vir uma reflexão de um renomado kelseniano: "o decisionismo de Carl Schmitt, sempre exaltando o poder de decisão da vontade política, serviu para justificar mais tarde o totalitarismo nazista, atribuindo ao FÜHRER a titularidade do Poder Constituinte". (18) Embora o relato corresponda a conhecida e lamentada verdade, o decisionismo de Schmitt está bem longe de constituir a causa desta perversão.

Tal como sustentamos, o intercâmbio funcional entre totalitarismo e Estado de Direito, na obra de Carl Schmitt, deve-se ao caráter positivista de suas proposições, sempre validadas por padrões de racionalidade pretensamente objetiva e neutra. Ocorre que deste vezo de conceber o conhecimento como desinteressado e axiologicamente asséptico, não escapou sequer o positivismo de Kelsen. Embora distingua, conceitualmente, constituição formal de material, a diferença entre ambas não possui, em Kelsen, sentido teórico decisivo. Tanto que ao tratar da distinção afirma que estas "determinações representam a forma da constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeiras linhas, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como constituição material, e que são o fundamento do direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual". (19)

Em outros termos, se Kelsen se distancia de Schmitt por resumir à enunciação formal o repertório vinculante da matéria constitucional, ambos se aproximam à medida em que, cada um ao seu modo e intensidade, **delimitam a legitimidade pelos contornos estritos da legalidade.** (20)

Para o que nos importa, no fundamental os positivismos dão-se os braços quando se trata de afrontar as aproximações entre conhecimento e poder, direito formal e justiça substantiva, ou mesmo entre regras do jogo e desigualdade material. E para evidência ressalta a naturalidade com que, a partir de Kelsen, fica possível afirmar que o sentido ou o motivo da obediência constitui um problema metajurídico. (21) Por sinal o próprio Kelsen encarregou-se de sublinhar, numa conhecida passagem, que "permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem a constituição (concreta) e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta". (22) De outro lado, embora reconhecendo que seria um "abuso político e uma prestidigitação lógica" inverter a relação e conceber como lei tudo o que se processa no interior do procedimento legislativo e por via dos órgãos competentes para legislar, Carl Schmitt não difere substancialmente de Kelsen ao se escorar em outro pressuposto para fundamentar a validade "objetiva" da ordem jurídica: "uma constituição é legítima — isto é, reconhecida não só como situação de fato, mas também como ordenação jurídica — quando a força e a autoridade do poder constituinte em que descansa sua decisão é reconhecida (...); não necessita justificar-se numa norma ética ou jurídica; tem seu sentido na existência política".(23)

Em suma, o pressuposto da validação formal está para Kelsen assim como o pressuposto da validação pela força está para Carl Schmitt.(24)

De qualquer modo, o pesadelo que se expõe por estes positivismos pode ser bem flagrado pelo olhar de Deleuze para quem "sempre que se sonha com um pensamento concreto e perigoso, sa-

---

(18) Cf. Celso Bastos, **Curso de Direito Constitucional** (São Paulo: Saraiva, 1983), pág. 17.

(19) Cf. Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito** (Coimbra: Armênio Amado, 1984), pág. 311.

(20) Assim, q. v. José Eduardo Faria, **Poder e Legitimidade** (São Paulo: Perspectiva, 1978), pp. 95 e segs.; e Raymundo Faoro, **Assembléia Constituinte** (São Paulo: Brasiliense, 1981), pp. 34 a 42.

(21) Cf. Celso Bastos, op. cit., pág. 17.

(22) Cf. Hans Kelsen, op. cit., pág. 278.

(23) Cf. Carl Schmitt, op. cit., § 13, pág. 159 da edição mencionada.

(24) Para um confronto sempre oportuno, q. v. Ernst Bloch, **Naturrecht und Menschliche Würde** (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1961), pp. 168 a 174. Ver também, numa crítica com igual severidade tanto ao padrão racional-formal de Weber quanto para o decisionismo de Carl Schmitt, Jürgen Habermas, **La Tecnique of la Science Comme Idéologie** (Paris: Denoel, 1973), especialmente às pp 97 a 113. Para um inventário competente dos paradoxos coessenciais ao normativismo radical de Kelsen, q. cf. ainda Enrique Zuleta Puceiro, "Racionalidad y objetividad científica en la Teoria Pura del Derecho" **In Augustin Squella Et Alii, Apreciacion Critica de la Teoria Pura del Derecho** (Valparaiso: Edeval, 1982), pp. 73 e segs.

be-se muito bem que ele não depende de uma decisão nem de um método explícitos, mas de uma violência encontrada, refratada, que nos conduz, independentemente de nossa vontade, até as essências. Pois as essências vivem em zonas obscuras, nunca nas regiões temperadas do claro e do distinto". (25)

O que há de comum entre os positivismos é precisamente a adoção de **pressupostos** que operam como represadores do cognoscível, divisores "objetivamente" válidos entre o real e o imaginário, por cujo intermédio se estabiliza a validade dos enunciados racionais. Assim como em Kant as fronteiras entre "númeno" e fenômen (imperativo categórico), flagram-se em Kelsen os continentes do jurídico e do metajurídico (pela premissa da GRÜNDNORM). E assim como em Comte a divisão entre unidade absoluta (objetiva) e relativa (subjetiva), pela premissa da fragmentação disciplinar, em Schmitt a separação entre o reino da ética e o primado da força, pela premissa da decisão.

Mas como a objetividade epistêmica da razão represada é a um só tempo tíbia e problemática, porque fruto de instituição do imaginário, os fatores dinâmicos, materiais e axiológicos da praxis teórica tendem a erodir, no tempo, com a própria validade objetiva dos pressupostos. Eis porque o represamento será tanto mais eficaz quanto for capaz de prenunciar comportas, canais de vazão contida entre o imaginário e o real. É bem este o papel que desempenha o "mínimo de liberdade", em Kelsen, e o caráter contingente da unidade política, em Carl Schmitt.

3.2. Ao centrar a validação do enunciado na heurística do cognoscível, ou se se prefere, no resultado que chega ao conhecimento do que é perceptível, a razão positiva é cativada pela impossibilidade de operar com a distinção entre o real e o imaginário instituinte. (26) Sem recusarmos a dimensão ontológica da lei ou da unidade política, reconhecendo mesmo que "a alma nunca pensa sem fantasma" (na conhecida fórmula aristotélica), não há como revisitar a evolução do debate constitucional sem que nos ocupemos de um critério pelo qual seja possível separar no real, o relato da fábula.

Retornando à noção de poder constituinte estas pontuações, ao que supomos, crescerão em significado prático.

Para além das insuficiências de que nos ocupamos relativamente às concepções formais e decisionistas, é importante registrar que a tradição da doutrina constitucional sempre adotou como ponto de partida, nas análises sobre o poder constituinte, a dimensão estatal da ordem política. Bem a propósito, este é o sentido de uma larga tradição da ciência política que remonta, ao que supomos, à correlação histórica entre razão, direito, Estado e modernidade.

Fincado o poder no círculo da ordem jurídica, o Estado constitui na doutrina política da modernidade o sentido por excelência do controle racional. Nos séculos que medeiam o entreabrir da modernidade e a fundação do Estado de Direito, as atenções voltam-se para a justificação racional de um poder ao mesmo tempo absoluto e laico.

Já nos marcos da ordem liberal a ênfase recai sobre a justificação do poder do Estado por sua inscrição nos parâmetros racionais do direito codificado. (27) Esta delimitação expressa o alcance doutrinário de um imperativo político, qual seja o de conferir segurança e certeza jurídicas às relações sociais, vale dizer: ao mercado.

No mais relevante interessa-nos o fato de que o **Estado é divisado como o horizonte do poder, o mercado como o horizonte da liberdade, e o direito como o MEDIUM de estabilização do poder legítimo.** É precisamente este o diagrama moderno pelo qual se instaura a clássica dicotomia entre o público e o privado, ou se se quiser, entre lei e contrato, soberania e autonomia, PACTUM SOCIETATIS e PACTUM SUBIECTIONIS. (28)

---

(25) Cf. Giles Deleuze, **Proust e os Signos** (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987), pág. 99.

(26) Cf. Cornelius Castoriadis, **A Instituição Imaginária da Sociedade** (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982),

(27) Uma síntese desta importante relação entre Poder e Direito, focalizando o papel deste último através da noção de Direitos Humanos, como sendo o de mediar as fronteiras entre o público e o privado, encontra-se em Alvin Gouldener, **La Dialéctica de la Ideologia y la Tecnologia** (Madrid: Alianza, 1978), especialmente às pp 252 a 256.

(28) A literatura sobre este tema é copiosa e, como é natural, as remissões aparecem invariavelmente com nítido recorte seletivo. Todavia cremos emblemáticos dos principais aspectos desta reflexão, para o que nos importa examinar aqui, Norberto Bobbio, "La grande Dicotomia" **In "Dala Struttura..."**, op. cit., pp. 145 e segs.; também de Bobbio, "Il modelo giusnaturalistico" em Bobbio e Michelangelo Bovero, **Società e Stato Nella Filosofia Politica Moderna** (Milano: Il Saggiatore, 1979), especialmente às pp. 89 e segs., em cujo texto as matrizes categoriais da dicotomia aparecem por uma instigante sistematização. Para situar a dicotomia entre os fundamentos do discurso liberal, v. ainda Giovanni Tarello, **Storia Della Cultura Giuridica Moderna** (Bologna: Il Mulino, 1976), particularmente no capítulo em que Tarello discorre sobre os "Sviluppi dell'illuminismo giuspolitico nella seconda metà del secolo XVIII", pp. 319 e segs.; e para um [illegible] amplo [illegible]

O desdobramento da coessencialidade entre poder e Estado conduz-nos, pelo conceito de poder constituinte, para uma reflexão paralela acerca da idéia de revolução. Revolução assim tende a aparecer, quer no argumento liberal, quer mesmo na acepção que lhe empresta a formulação marxiana, como ruptura que se processa com e a partir da "ocupação dos poderes públicos" por um agente (ou classe), diverso daquele que o detivera anteriormente. Não cabe dissertar aqui sobre as conseqüências teóricas, empíricas ou mesmo práticas desta acepção. As indicações atendem apenas ao propósito de nos interrogarmos sobre o que se deveria sublinhar na análise do poder constituinte. Registre-se entretanto, que na maneira um tanto caricatural com que desenhamos estas concepções pode servir, de algum modo, como indício da necessidade de reexaminarmos os motivos pelos quais o poder constituinte fora associado à dimensão estatal das relações de poder.

Nosso argumento é o de reconhecer que embora o Estado pode vir a se constituir como cenário privilegiado para a tematização do poder constituinte, especialmente em circunstâncias tais como aquelas flagradas por Marx e por Weber (na segunda metade do Século XIX), este modelo de concepção do poder não atende necessariamente à compreensão do Estado Social de Direito. Neste caso a inclusão e o atendimento, ainda que parcial, das demandas provenientes dos segmentos subalternos, impõem uma acepção coletiva da cidadania e uma abordagem fragmentária do poder. (29)

A perspectiva que adotamos, mesmo para efeito estritamente analítico do poder constituinte, considera indissociáveis suas dimensões estatais e societais, no que se refere à respectiva formação e apresentação jurídica. Reconhece que a partir especialmente do término da II Grande Guerra já não mais fica possível (se antes fora), conceber o Poder constituinte como um fenômeno cósmico, auto-condicionado e estruturalmente contraposto ao poder caósmico.(30) Conseqüentemente, situa o poder constituinte no interior de uma ordem jurídica assimétrica, fragmentária, (31) em cujo espaço se observa um Estado balcanizado, (32) inclusivo, (33) de modo que "fixar constitucionalmente uma esfera privada pré-estabelecida (...) é uma esfera pública politicamente ativa, pass(e) a ser reavaliado à medida que Estado e sociedade se interpenetrem mutuamente". (34)

Portanto, muito além da expressão formal do imaginário instituinte, conceituar poder constituinte impõe o reconhecimento de que: 1. a atividade política compreende uma **dimensão societal** do poder, inseparável e interdependente do plano estatal do poder político (veja-se a proeminência das atividades lobísticas na recente experiência brasileira); e 2. o **momento** em que se opera a manifestação do poder constituinte **não se limita** nem por um cronograma formal, nem sequer por via de um itinerário previamente concertado.

Tomemos esta segunda ordem de considerações. É mesmo lugar-comum afirmar-se que a constituinte expressa o "marco-zero" da ordem jurídica, assim como que o poder constituinte se materializa no interior de uma atmosfera de incerteza quanto ao sentido primário das instituições, mesmo que estas lhe antecedam. É bem verdade que esta tipificação ideal não se expõe cruamente à evidência empírica. O certo é que, por outro lado, tais lugares-comuns possuem uma utilidade analítica muito superior à que nos habituamos a reconhecer.

É mesmo razoável admitir que embora despossuídas da pureza com que são flagradas pelo discurso prático, a predominância das situações de **anomia e incerteza** compõe a característica peculiar do momento de fundação de uma ordem jurídica. Conseqüentemente, se há normas que per-

---

Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research" **In Law and Society Review**, vol. 21, n.º 1 (1987) pp. 165 a 174; e Vital Moreira, **A Ordem Jurídica do Capitalismo** (Lisboa: Caminho 1987), pp. 74 a 78. Na perspectiva em que nos situamos frente à referida dicotomia, q. v. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, **Estado e Representação Sindical no Brasil** (São Paulo: ex. mimeo, diss Mestrado ao Departamento de Direito do Trabalho da USP, 1987), especialmente os capítulos 3 e 4.

29) Para a noção de cidadania coletiva, q. confrontar T. H. Marshall, **Cidadania, Classe Social e Status** (Rio de Janeiro: Zahar, 1967), notadamente o cap. 3.º; e também no que se refere ao acolhimento de parcela das demandas provenientes das camadas subalternas v. Joachim Hirsch "Observações Teóricas sobre o Estado Burguês e sua crise" In Poulantzas **Et Alii a Crise do Estado** Poulantzas org. (Lisboa: Moraes, 1978), pp. 99 e segs.

(30) Cf. Boaventura de Souza Santos, "**O Direito e a Comunidade**, Op. cit., pp. 141 a 143.

(31) Além de Boaventura, IBIDEM; cf. José Eduardo Faria, **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica** (São Paulo: mimeo, Tese Titularidade ao Departamento de Filosofia e T. G. D. USP, 1984), notadamente o capítulo 4.º.

(32) Expressão originariamente formulada por Sérgio Henrique Abranches e desenvolvida também por Wanderley Guilherme dos Santos, "A Práxis liberal no Brasil" **In Ordem Burguesa e Liberalismo Político** (São Paulo: Duas Cidades, 1978), pp. 115 e segs.

(33) Por Estado inclusivo designa-se aquela modalidade de ordenação institucional em que diferentes setores organizados da sociedade são compreendidos, de molde a que os recortes de classe sejam processados em seu interior.

(34) Cf. Jürgen Habermas, **Mudança Estrutural da Esfera Pública** (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984), pág. 268. Em obras posteriores, especialmente em seu conhecido **Legitimations Crises** (Boston: Beacon Press, 1975), Habermas complementa este argumento, especialmente às pp. 68 e segs.

manecem vigorantes no curso da materialização do poder constituinte, não é menos correto afirmar que o advento de um novo corpo de preceitos constitucionais pode-lhe suspender a efetividade. Não que todas as normas precedentes deixem de ser aplicadas, mas que continuem o sendo à proporção em que a intensidade e o alcance temático das alterações em curso não lhes atinjam o sentido de vinculabilidade. Deste modo fica possível compreender porque razão se permanece aplicando, por exemplo, a garantia de propriedade privada num caso especifico em que se considere tácita sua prorrogação por novo texto constitucional; ao passo que sobressai impensável a aplicação desta mesma garantia dentro dos marcos da fundação de uma ordem jurídica cujo ponto de legitimação esteja radicado na supressão da propriedade privada.

O reconhecimento deste fenômeno permite ressaltar o caráter de incerteza peculiar ao momento de materialização do poder constituinte, da mesma forma com que possibilita afirmar que o poder constituinte será tanto mais pleno e característico quanto maior seja a incerteza que preside as relações sociais. É arriscado, embora plausível supor que mesmo as alterações jurídico-políticas "transadas" entre as elites entreabrem um forte clima de incerteza, de tal maneira que muitas destas experiências degeneram num "tipo de transição na qual (...) os governantes autoritários não conseguem controlar a agenda de temas em negociação nem os resultados da mesma". De outra parte, conforme insistimos em notar ao início deste estudo, os cenários de grande incerteza, exatamente por compreenderem a possibilidade de um itinerário que ultrapasse a sinalização adrede e antecipadamente anunciada, podem comportar o recrudecimento de soluções autoritárias, tanto sob a fórmula da "morte rápida" quanto sob a da "morte lenta" da democratização preconizada. (35)

De qualquer modo o relevante é que este caráter de incerteza compõe a atmosfera necessária à materialização do poder constituinte. Não apenas incerteza quanto à **intensidade** e ao **alcance** das modificações, mas também quanto ao **cronograma** em que se aperfeiçoam conformes com as alterações jurídico-políticas. É por esta razão que afirmamos que o poder constituinte, entreabertas as diferentes possibilidades de decisão, não pode vir divisado como um fenômeno previamente limitável ou cronologicamente previsível. Apresenta-se pelo roteiro indefinido da mudança, e se aperfeiçoa em algum momento imprevisível; sendo o porque fica possivel afirmar que freqüentemente precede o momento especifico de elaboração do texto constitucional, sucedendo-o, na modelação jurídica determinada pela experiência.

Os países inscritos na órbita do CASE LAW oferecem o claro emblema para nosso argumento. Neles os precedentes constitucionais assumem a nítida função de complementar o poder constituinte. Para estes casos não se fala apenas da "função criadora" do juiz, mas precisamente da natureza constitucional com que as respectivas decisões são proferidas. Trata-se não apenas de adaptação do preceito constitucional ao caso concreto, mas da atuação de um poder que se opera por decisões concretas revestidas de vinculabilidade análoga à do poder constituinte. Deste modo a decisão fundante da unidade política renova-se pela prorrogação jurisprudencial, de tal maneira que se amplia, com o rol de precedentes, o campo temático da matéria constitucional. É bem verdade que este fenômeno não guarda estrito paralelo com o que se registra no interior dos modelos caracterizados pela herança romanística. Mas não é menos certo que o poder constituinte também aqui não se esgota na promulgação do texto constitucional, prorrogando-se, quer pela atividade do judiciário, quer (e sobretudo) pela tarefa de complementação legislativa e de regulamentação ordinária. Nisto reside a relevância e o sentido prático de nossas proposições. (36)

4. No que se refere à função social e ao alcance temático da norma constitucional não parece razoável tratá-los em desatenção para com os fatores econômicos, sociais e politicos que, a cada momento, determinam o perfil do consenso jurídico.

Há um vasto elenco de possibilidades de se conceber o consenso político sob a forma de uma ordem jurídica democrática. Não cabe aqui procurar reproduzir o itinerário de sua variada adjetivação, nem sequer preconizar um argumento teórico pelo qual se precisa o sentido, para nós, desejável na caracterização da democracia. Por sinal, nunca é demais reiterar a dimensão tópica com que o vocábulo tem sido empregado, reiteradas vezes invocado na retórica política, ao mesmo

---

(35) Cf. Guillermo O'Donnell, "Transições...", op. cit., sendo o fragmento citado à pág. 50. Já a noção de transição "transada" aparece aplicada e desenvolvida às pp. 51 e segs.

(36) Em sentido complementar parece conveniente uma referência a Mario Giovanni Garofalo para quem "sia Gran Bretagna sia negli Usa, la resistenza politica al passaggio da un sistema fondato sui valori individualistici, a quello (certo piu funzionale ad una Società industriale di massa) fondato sui valori pluralistici, almeno in relazione al fenomeno sindacale, si fondi sul ceto giudiziario e, reciprocamente, la lotta per questi nuovi valori debba passare attraverso un ridimensionamento del potere di quest'ultimo". Cf. aqui, Garofalo e Silvana Sciarra **In Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali**, n.º 24 (1984), pp. 819 a 868, com a citação constando de pp. 822/823.

tempo em que demasiado amplo como categoria analítica. (37)

Embora inúmeras as possibilidades de adjetivação da democracia, duas grandes matrizes teóricas necessitam vir aqui revisitadas em amplas linhas, quais sejam, a do Estado de Direito e a do assim chamado Estado Social de Direito (ou Estado Providência), tendo à vista que constituem pontos-de-partida, quer analíticos, quer mesmo normativos, imprescindíveis ao delineamento do continente temático e da função social da norma constitucional.

4.1. Na perspectiva do Estado de Direito liberal a constituição opera exclusivamente como estatuto de ordenação das **"regras do jogo"** político às quais se sujeitam os atores individuais.

A tradição liberal recuperada no início deste Século foi todavia capaz de evoluir no sentido do reconhecimento e da legitimação institucional dos atores sociais, assim concebidos enquanto fonte e veículo dos interesses dos grupos que intermedeiam as esferas estatais e individuais do poder.

Este sentido estrito de "regras do jogo" condicionou uma certa visão liberal do pensamento político moderno que para Cerroni se define "pela redução da democracia a simples constitucionalismo; sancionando, contudo, não a ativação política de "todo o povo", mas as garantias individuais de uns poucos: um privilégio moderno". (38) O constitucionalismo a que alude Cerroni não faz supor que fora do liberalismo seja irrelevante a norma constitucional, ou mesmo que sem ele o problema constitucional se restrinja ao tema da forma de organização do poder. O sentido preciso com que se adota esta simetria entre constituição e Estado de Direito é o de flagrar que, na atmosfera do liberalismo, a norma constitucional possui a **função exclusiva** de ordenar o procedimento de composição dos conflitos, sejam eles estritamente políticos, econômicos, sejam mesmo conflitos de interesse; conferindo para este fim um perfil básico às instituições políticas.

Conseqüentemente, os temas dos quais se ocupa a norma fundamental delimitam-se pelos critérios jurídicos do consenso quanto aos procedimentos e instituições destinados à composição dos conflitos. Tudo o mais que ultrapasse estes meridianos, ainda que porventura passe a ser reconhecido formalmente pelo texto constitucional, de alguma maneira é conduzido para um plano secundário de efetividade.

Tal como acreditamos, isto não se deve à perversão analítica da abordagem jurídica; bem ao reverso, o desmerecimento da efetividade conferida aos demais tópicos da matéria constitucional é proveniente IPSO FACTO de serem prescindíveis à formação e à estabilidade do consenso político liberal.

O caráter restrito, exclusivo e sumário do tema constitucional deita raízes, portanto, na concepção de cidadania como "privilégio de poucos", como explicita Cerroni. Nesta perspectiva verifica-se um consenso CORAM LEGEM, sem a necessidade de explicitação CORAM POPULO da agenda distributiva da riqueza socialmente produzida. O significado do poder exercido "em nome do povo", para além da simples alusão à distância que se guarda entre exercício e titularidade do poder legítimo, pontua a identificação explícita entre povo e indivíduo, e num certo sentido, entre indivíduo e proprietário.

Deste modo a pauta ideológica da doutrina liberal tem dificuldades para compreender e assimilar as condições impostas ao consenso político, no que respeita ao alcance temático das constituições, dentro dos marcos deste Século. Como assinala Vital Moreira, o modelo liberal não teve a pretensão de alargar os recursos analíticos disponíveis para a compreensão da realidade com que se apresenta o poder político: foi "desde logo, um modelo normativo e, depois, um aparelho ideológico do capitalismo". (39)

4.2. A alteração que se processa sobre o continente temático da norma constitucional, sob o impacto do Estado Providência, corresponde ao aprofundamento e à extensão da função social que as constituições passam a desempenhar.

Se antes a respectiva função aparecera limitada ao balizamento das "regras do jogo", na perspectiva do Estado Providência a ordem jurídica passa a atender também aos seguintes imperativos: (40)

---

(37) Neste registro, v. gr. Alain Rouquié, "O mistério democrático: das condições da democracia às democracias sem condições" In Rouquié, Schvarzer, Lamounier ET ALII (tb orgs.), **Como Renascem as Democracias** (São Paulo: Brasiliense, 1985), pp. 19 e segs.

(38) Cf. Umberto Cerroni, "Democracia y estado representativo" **In La Libertad de Los Modernos** (Barcelona: Martinez Roce, 1972), pp. 189.

(39) Cf. Vital Moreira, op. cit., pág. 44.

(40) A concepção de Estado Providência como um "approfondissement et une extension de l'État-protecteur 'classique'", vale dizer, como um fenômeno que emerge sob o signo da "radicalisation et (de la) correction" do Estado de Direito liberal, encontra-se em Pierre Rosanvallon, **La Crise de L'État Providênce** (Paris: Seuil, 1985), sobretudo às pp. 20 a 28. Contrariamente, entretanto, manifesta-se François Ewald para quem "le fait que l'État providence ne soit ni la correction de l'État libéral ni une etape de transition vers un État socialiste, qu'il constitue donc une réalité SUI GENERIS", ou seja, "une réalité politique irréductible au libéralisme e dont l'avenir socialiste", recomenda que o tema da crise do Estado Providência seja interpretado como "crise d'identité, crise d'identification d'une réalité dont on s'aperçoit qu'elle a une existence

I — **no plano econômico,** a) viabilizar e controlar a intervenção direta do Estado na atividade produtiva; (41) b) coordenar os processos de legitimação e de controle sobre efeitos socialmente críticos, provenientes da concentração de riquezas, e da socialização dos custos e gastos da produção do setor monopolista; (42) c) instituir e/ou alargar, pela execução de programas de bem-estar e de redução da miséria absoluta, a função legitimadora que se opera por meio dos "circuitos de poder e ideologia" (assim concebidos como os circuitos que interligam Estado e sociedade civil); (43) d) propiciar instrumentos para a redução dos riscos do investimento, quer produtivo quer financeiro, por intermédio da preceituação jurídica do planejamento público, no sentido da orientação de expectativas de ganho e risco,(44) e da condução dos processos concentracionistas pela utilização de estímulos promocionais tais como a figura jurídica da sanção premial; (45) e) regular e complementar os processos de capacitação e recrutamento profissional, manutenção e ampliação da produtividade, e oferta de treinamento especializado, planejando e executando políticas de aproveitamento racional do trabalho assalariado, educação profissionalizante, gerenciamento de recursos humanos, seguridade social (na perspectiva da solidariedade impositiva; (46) entre outras.

II — **ao nível institucional,** a) operar mecanismos de seletividade estrutural das demandas sociais (quer por via de instrumentos de formação da vontade política, quer pela neutralização social das intervenções reguladoras); (47) b) fomentar a utilização da representação de interesses, no sentido do revigoramento e da estabilização do consenso social-democrata, entre outras fórmulas, pela descentralização da regulação jurídica bem como pela fragmentação dos estatutos jurídicos constitutivos; (48) c) estimular a cumplicidade funcional dos atores sociais ante às "regras do jogo" democrático, dentro dos marcos do pluralismo conflitual, integrando-os e compromissando-os com o sentido e com o conteúdo das políticas públicas (trata-se, aqui, do fenômeno a que muitos autores passaram a chamar neocorporativismo); (49) d) substituição do modelo da responsabilidade civil enquanto reguladora das obrigações de indenização por ato culposo, mediante o desenvolvimento de padrões de socialização da cobertura dos sinistros e infortúnios (as noções de responsabilidade objetiva e de segurança pelo padrão de risco) (50);

---

propre, inassimilable aux idéologie politiques traditionnelles, de droit comme de gauche". Assim, cf. François Ewald, L'ETAT PROVIDENCE (Paris: Bernard Grasset,, 1986), com os fragmentos transcritos à pág. 531, e o argumento desenvolvido também às pp. 386 e segs. Não há como discorrer amplamente sobre esta controvérsia dentro dos limites desta nota. Contudo, registramos que embora sejam radicais as distinções entre Estado de Direito e Estado Providência, esta radicalidade não atinge senão à modalidade de domínio, ou seja: não se modifica a respectiva dimensão classista (nem as classes sociais perdem seu significado fenomênico, conquanto se modifiquem as respectivas posições frente ao Estado). Por outro lado, em que pese à grande utilidade analítica da noção de "risco" como fundamento da solidariedade impositiva, não parece menos razoável admitir que o mencionado "risco" vem empregado como baliza na composição, mesmo que instável, entre as demandas provenientes das camadas subalternas e o padrão racional de reprodução e acumulação do capital. No que mais importa observar, o estímulo por excelência desta sociedade e economia do risco — ou como preconizada pelo Plano Beveridge, desta sociedade "livre de necessidades" — é a licitude da concentração de riquezas. Como recomendara o próprio Keynes, "fora a necessidade de um controle central para manter o ajuste entre a propensão de consumir e o estímulo para investir, não há mais razão do que (antes sustentou a economia clássica) para socializar a vida econômica". Cf. John Maynard Keynes, **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda** (São Paulo: Atlas, 1982), no capítulo 24 ("Notas finais sobre a filosofia social a que poderia levar a Teoria Geral"), *nesta edição à pág. 288.*

(41) Cf. Nicos Poulantzas, **Les Classes Sociales dans le Capitalisme Aujourd'Hui** (Paris: Seuil, 1974), pp. 96 e segs.

(42) Cf. James O'Connor, **A Crise do Estado Capitalista** (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977), especialmente às pp. 57 e segs.

(43) A noção de "circuitos de poder e ideologia", originariamente formulada por E. P. Thompson, aparece aqui empregada segundo a complementação de John Urry, **Anatomia das Sociedades Capitalistas** (Rio de Janeiro: Zahar, 1982), pp. 70 e segs.

(44) Cf. Karl Mannheim, "Planned Society and the Problem of Human Personality: a sociological analysis" **In Essays on Sociology and Social Psychology** (London: Routledge and Kegan Paul Ltd, 1959), pp. 255 e segs.

(45) Para a noção de "sanção premial" q. v. Norberto Bobbio, "La Sanzioni Positive" IN "DALLA STRUTTURA...", op. cit., pp. 32 a 42.

(46) Assim, entre outros, André Gorz, **Estratégia Operária e Neocapitalismo** (Rio de Janeiro: Zahar, 1964), especialmente às pp. 83 e segs. além de Pierre Rosanvallon, op. cit., pp. 43 e segs.

(47) Cf. Claus Offe, "Dominação política e estrutura de classe" **In Offe et Alii, Estado de Capitalismo** (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980), pp. 107 e segs.

(48) Cf. David Kettler, "Legal Reconstitution of the Welfare State: a latent social democratic legacy" **In Law and Society Review,** Vol. 21 n.º 1 (1987), pp. 9 e segs.; e também Juan Mozzicafreddo, "Pós-Modernismo e Estado Providência" **In Sociologia: Problemas e Práticas,** n.º 3 (Lisboa: CIES — ISCTE, 1987), pp. 11 e segs.

(49) A noção de neocorporativismo como desenvolvida, entre outros, por Josep Picó i Lopez, **Teorias Sobre el Estado del Bienestar** (Madrid: Siglo XXI, 1987), pp. 67 e segs. e Antonio Rodrigues de Freitas Jr., "Corporativismo e ordem jurídica...", op. cit., IBIDEM.

50) Cf. François Ewald, op. cit., PASSIM, especialmente pp. 20 a 26 e 383 a 386.

III — **no plano cultural**, a) orientar e impulsionar, pelo planejamento e estímulo fiscal, a indústria editorial (produção e distribuição industrial), no sentido da "formação ativa de leitores e públicos, e das relações sociais características, inclusive econômicas, dentro das quais as formas particulares de atividade cultural (venham a ser) na prática realizadas"; (51) b) aprofundar o alcance dos processos de erosão "aurática" da criação plástica, conferindo-lhe progressiva racionalidade administrativa e mercadológica (52); c) proporcionar crescentes recursos tecnológicos destinados aos veículos de comunicação de massa, conduzindo estes últimos no sentido da formação de um público consumidor não só de cultura como outros bens e serviços em geral.

O elenco de funções aqui resumidas é propositalmente breve e apenas indicativo, de modo que sob as três linhas de observação proposta desdobram-se inúmeras outras atribuições, quer de atividades-fim quer de atividades-meio. De qualquer maneira, o que foi dito parece esclarecer que o alargamento e o aprofundamento das funções do Estado correspondem à publicização dos papéis desempenhados pelos grupos sociais, de tal sorte que as habituais fronteiras entre o público e o privado perdem afinal (se antes tiveram) sua vitalidade teórico-normativa, bem como sua utilidade como categoria analítica.

Os fenômenos que emergem sob o signo do Estado Providência nos autorizam assinalar que a função da norma constitucional deixa de se ater ao balizamento das "regras do jogo" político da democracia, alcançando o problema da **redução da desigualdade** material como tema obrigatório para a estabilização da unidade política. Deste modo, de um padrão de legitimação instrumental (derivado da consolidação da ordem jurídica liberal no Século XVIII), a norma constitucional revigora, FACTI SPECIES, uma dimensão constitutiva do sentido da legitimidade; pondo à evidência os limites teóricos e a inconsistência empírica de boa parte do argumento sistêmico-funcionalista, em especial, da legitimação procedimental preconizada por Luhmann. Assim por exemplo, embora registrando que "as estratégias corporativas do Estado supervisor encontram-se longe da influência dos indivíduos", apresentando-se seletivamente no sentido da organização corporativa, Picó i Lopez assinala o sentido necessariamente distributivo como que ditas estratégias são legitimadas. (53) O fundamental a reter, nesta perspectiva, é que se de um lado o Estado Providência constitui um mecanismo complexo de acumulação do capital, de outro desempenha um papel de promotor do bem estar, com especial atenção para as camadas subalternas, de modo a revigorar os processos de obtenção da lealdade social.

A esta altura convém propor uma delimitação, mesmo que em amplas linhas, das conseqüências acarretadas pela referida alteração funcional, no que respeita ao continente temático da norma constitucional. A mencionada alteração entreabre a possibilidade de divisarmos três grandes espaços de regulação jurídico-política: o espaço da **empresa**, o da **cidadania** e o da **ordem internacional**. Por sinal, é bem este o sentido do "mapa estrutural" do poder nas sociedades de capitalismo avançado sugerido por Boaventura Santos. (54) Para este autor a advertência principal a se levar em conta, (tal como supomos, com sérias repercussões sobre o conceito de poder constituinte), é que embora interligados, os três LOCI de regulação jurídico-política propiciam a materialidade de três diferentes sistemas de hegemonia (STATE HEGEMONY, FACTORY HEGEMONY, WORLD HEGEMONY), "não necessariamente congruentes". Conseqüentemente, como condição de estabilidade da ordem jurídica, a matéria objeto da explicitação constitucional adensa-se pela delimitação expressa, embora necessariamente genérica, do **sentido material da obediência**. Como se nota, bem à semelhança do terceiro estágio de evolução do direito que, na tipologia de Selznick e Nonet, vem designado por **responsivo**. (55) Portanto, demonstra-se que a explicitação dos direitos sociais não adquire, nos marcos do Estado Providência, o significado jurídico do que Carl Schmitt caracteriza enquanto simples "lei constitucional".

Bem ao reverso, o território da FACTORY HEGEMONY demanda a explicitação correspondente dos parâmetros e fundamentos particulares com que, em seu interior, operam-se os mecanismos de produção e reprodução da obediência.

5. Como se sabe, durante o curso desta última década tomou corpo e proeminência, nos debates tanto teóricos quanto políticos, a retomada dos principais argumentos provenientes da doutrina liberal, sob a forma de conservadorismo anti-

---

(51) Cf. Reymond Willians, **Marxismo e Literatura** (Rio de Janeiro: Graal, 1979), pp. 77 a 138, com fragmento à pág. 140.

(52) Cf. Theodor Adorno, "Cultura y administración" **In Sociologica** (Madrid: Alianza, 1978), pp. 65 e segs.

(53) Cf. Josep Picó i Lopez, op. cit., pág. 117, em que se discute a figura da **Managerial Legitimation**.

(54) Cf. Boaventura de Souza Santos, **On Modes of Production of Social Power** (Madison: ex. mimeo, 1983), pp. 16 e segs.

(55) Cf. Philip Selznick e Philippe Nonet, "**Law and Society in Transition: Towards Responsive** Law (New York: Harper Torschbooks, 1978), pp. 53 e segs.

Estado Providência. Para não confundi-lo com o liberalismo atualizado na doutrina keynesiana, preferimos designar este movimento de restauração liberal por neoconservadorismo. (56)

Tal como acreditamos, é irrecusável a correlação entre neoconservadorismo e crise do Estado Providência. Em amplos traços, podemos afirmar que os principais argumentos sustentados pelo neoconservadorismo contra o Estado Providência atendem à seguinte ordem de objeções: 1) contrariamente ao que faz supor a resistência oposta pelos segmentos conservadores à evolução dos direitos sociais, fenômeno que remonta a Weimar, o neoconservadorismo concebe e emprega os ingredientes teóricos do pensamento liberal não apenas numa dimensão defensiva, mas e sobretudo como um instrumento de **crítica social** (57); 2) tal crítica desdobra-se numa crítica de costumes, de modelo de regulação jurídica, e mesmo de conteúdo ético alusivo ao padrão coercitivo da solidariedade imposta pelo Estado Providência; reiterando, contudo, o tema da **crise econômica** como ponto-de-partida da análise neoconservadora para a explicação das outras dimensões da crise; (58) 3) o diagnóstico neoconservador para a crise econômica do modelo Providência atende às seguintes objeções: 3.1. a predominância do Estado, por intermédio da política econômica, na orientação do itinerário da riqueza seria a um só tempo **ineficaz, socialmente desigual e economicamente perversa** à proporção em que, reduzindo os saudáveis efeitos da concorrência econômica ao nível do mercado, reduziria IPSO FACTO o montante absoluto da riqueza socialmente produzida (ou produzível, fosse outra a atmosfera concorrencial); 3.2. deslocadas do mercado, para as instituições distributivas do Estado, as demandas sociais passariam a ser atendidas mediante critérios políticos, desatentos para com os limites impostos pelo crescimento da riqueza, bem como obtendo resultados perversos em relação àqueles objetivos distributivos pretendidos: o **desequilíbrio orçamentário do setor público**, acarretando inflação pela emissão de papéis e pela elevação dos tributos, propiciaria queda no valor real dos ganhos salariais ladeada por uma nova concentração de riqueza em favor dos setores especulativos e improdutivos, por serem estes mais exitosos no conflito distributivo que se opera via inflação; e por outro lado, a **elevação da carga fiscal**, reduzindo a poupança, desestimulando o investimento produtivo e reorientando o mercado no sentido da economia informal, alcançaria o limite da capacidade contributiva da sociedade e, no tempo, um decréscimo no valor real da receita pública. (59)

Não é este o momento de assinalarmos, detalhadamente, os aspectos em que julgamos insuficientes e/ou ideológicas muitas das objeções opostas pelo argumento neoconservador destinado ao Estado Providência. O roteiro aqui desenhado atende somente ao propósito de registrar que as objeções neoconservadoras de alguma forma adquirem certa validade à proporção em que vêm solidamente construídas sobre um inegável suporte empírico: o Estado Providência e os seus mecanismos impositivos e estatizantes de distribuição de riqueza apresentam em nossos dias um quadro de crise (em que pese à incerteza quanto à natureza estrutural, conjuntural ou mesmo paradigmática desta crise).

Além do mais, o significado deste registro para o tema aqui desenvolvido está longe de se apresentar como desprezível. Bem ao contrário, por seu intermédio cresce em relevância um mínimo de compreensão dos problemas relacionados às seguintes interrogações: 1) Em que medida o impasse do Estado Providência foi capaz de erodir o sentido distributivista da ordem jurídica? 2) Até que ponto a norma constitucional permanece dependendo da delimitação explícita do sentido material da obediência (no plano temático), e do adensamento dos papéis que lhe são próprios, observando não somente as "regras do jogo" como também as condições materiais da cidadania, respectivamente aos três LOCI de organização do poder (ao nível funcional); ou mesmo é possível indagar, se se adota como premissa o esgotamento do modelo do Estado Providência, o que dizer da importância dos direitos sociais enquanto concebidos como matéria constitucional ou até como objeto da regulação legal? 3) Por último, aplicadas estas reflexões ao exame da recente transição institucional brasileira, o problema que se apresenta é o de saber se a orientação adotada pelo Congresso Constituinte caminha na "contra-mão" da história, e se assim for, em que medida é previsível um breve impasse, tal como aquele vivido atualmente nos países de capitalismo avançado, agravado entre nós pela tibieza com que se apresenta o compromisso das elites conservadoras com as instituições democráticas?

---

(56) Para a síntese que segue, além dos autores e títulos acusados pela nota n.º 3, RETRO, v. também Sônia Draibe e Wilnês Henrique, "'Welfare State': crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional" **In Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n.º 6, Vol. 3 (1988), pp. 53 e segs.

(57) Esta mudança no sentido do emprego do argumento liberal na perspectiva da crítica social vem registrada por Pierre Rosanvallon, op. cit., pág. 65 e segs.

(58) Cf. assinala David Kettler, op. cit., pp. 10 a 12.

(59) Com maior detalhamento, Sônia Draibe e Wilnês Henrique, op. cit., pp. 59 e segs.

6. As conclusões até aqui possíveis ficarão por conta da delimitação de hipóteses de resposta a cada uma das três interrogações acima apresentadas.

6.1. Quanto à primeira delas nosso argumento é o de reconhecer, quer quanto à ordem jurídica, quer no que se refere ao conteúdo das políticas públicas, que **redução das desigualdades** e **supressão da miséria absoluta**, pela orientação social da riqueza, pressupõem uma **decisão específica.**

Deste modo, em que pese à eventual validade de parcela do diagnóstico neoconservador, especialmente no que respeita à obtenção de efeitos indesejados pelo emprego de certos modelos distributivistas (enquanto e porquanto estatizantes), não parece menos razoável assim como historicamente demonstrável a premissa de que a simples acumulação de riquezas, ou a mera eficiência concorrencial do mercado, não propicia IPSO FACTO diminuição das desigualdades, promoção do bem estar, nem sequer extinção da miséria absoluta.

Inversamente ao que preconiza a ética de eficiência neoconservadora, o ponto angular de nossas atenções não está centrado no problema do **porque** produzir (ou acumular), mas no de **para quem** se produz (ou se distribui o resultado da produção). As fronteiras axiológicas aqui se delimitam por uma inversão heurística dos dois problemas: para a leitura conservadora o segundo resolve-se naturalmente pela solução do primeiro; para o que nos toca, a primeira questão adquire sentido de problema **se e na medida em que** seja possível concertar um padrão satisfatório de solução para o segundo. Se de um lado admitimos a relevância e mesmo, em certo sentido, a utilidade do diagnóstico neoconservador sobre a crise do Estado Providência, por outro, a alternativa permanece inscrita no problema de **como** reduzir as desigualdades, promovendo a justiça em sua dimensão substantiva.

É bem verdade que as respostas a esta última interrogação ainda se apresentam com perfil predominantemente analítico, permanecendo aquém do que supõe desejável para uma nítida orientação normativa. Todavia, alguns passos decisivos vêm sendo alcançados neste sentido, entre os quais podem sobressair, por sua utilidade teórica, os roteiros de Pierre Rosanvallon e de François Ewald.

Para Rosanvallon trata-se de **transferir** para os **próprios grupos sociais** a função distributiva das políticas públicas, hoje radicadas no Estado, mantendo-lhe o sentido de promotora do bem estar social e de corretivo às distorções do mercado. Nesta perspectiva, reaproximar a sociedade de si própria, restaurando a meta de ampliação da **transparência** nas decisões políticas, **imediatidade** nas atitudes solidárias (solidariedade direta, não-compulsória), e **dinamismo com substância auto-regulada,** nas instituições do direito. (60) Neste sentido, o ponto-de-partida para a obtenção de tais metas consistiria (em seu juízo) numa concessão em favor do que designa por "novo compromisso social-democrata"; cujo perfil substantivo poderia vir expresso mediante o seguinte trinômio: socialização — descentralização — autonomização.

De certo modo François Ewald também reconhece que a revisão do (ou pelo) Estado Providência entreabre a possibilidade de "reinventar a democracia", adotando como tarefa inicial um reexame do legado liberal centrado em três de seus principais ingredientes doutrinários: centralização, representação e transparência. (61) A propósito, nisto reside a substância teórica de seu argumento em favor da restauração emancipadora do direito natural aristotélico, (62) que parece guardar nítida correspondência com a meta por um "novo direito" tal como preconizada por Rosanvallon, ou até por um direito na perspectiva da pós-modernidade, como sustenta Boaventura Santos.(63)

6.2. No que se refere à segunda das interrogações propostas no tópico anterior é preciso observar, inicialmente, que as alterações sobre a função e o continente temático da norma constitucional, que emergem dentro dos marcos do assim chamado Estado Providência, prescindem deste último para sua validade no plano da ordem jurídica.

Desta maneira, se todas as experiências de WELFARE STATE guardam em comum as alterações sobre o sentido e o alcance do consenso jurídico-político, não é menos correto supor que tais alterações podem se justificar **apesar** do eventual abandono do Estado Providência, uma vez que este último constitui modalidade específica e não necessária de harmonização entre segurança e certeza jurídicas, de um lado, e justiça substantiva, de outro. No que importa observar, as referidas alterações guardam relação necessária, isto sim, com o adensamento dos predicados institucionais da cidadania, externando-se à proporção em que se passa a divisar o fenômeno da cidadania coletiva dos grupos sociais; muito especialmente, quando o assentimento jurídico da cidadania cole-

(60) Cf. Pierre Rosanvallon, op. cit., pp. 112 e segs.

(61) Cf. François Ewald, op. cit., pp. 547 e segs.

(62) IDEM, pp. 578 e segs.

(63) Respectivamente, Rosanvallon, op. cit., pp. 115 a 118 e Boaventura de Souza Santos, "Law: a Map of misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law" in Journal of Law and Society, Vol. 14, n.º 3 (autumn, 1987), pp. 279 a 301.

Aplicar estas reflexões às peculiaridades da democratização brasileira, contudo, pressupõe o exame de inúmeras variáveis, muitas das quais incapazes de se detalhar nos limites deste estudo. Todavia, os principais complicadores permanecem radicados em duas grandes ordens de preocupação: consolidar e preservar as instituições democráticas, bem como conceber instrumentos eficazes de erradicação da miséria absoluta e de redução dos graves contrastes no perfil da distribuição de riquezas. Tendo como horizonte os limites e alternativas ao impasse do Estado Providência, e como ponto-de-partida a insuficiência das terapias concentracionistas próprias ao argumento liberal.